

VU Research Portal

Beslissingsruimte

Huisman, P.J.; Jak, N.

published in

Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
2019

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Huisman, P. J., & Jak, N. (2019). Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2019(5), 212-221. [2019/20].
<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D1C5D6&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit

NTB 2019/20

1. Inleiding

De ruimte die een bestuursorgaan heeft om te beslissen bij de publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening en de daarmee samenhangende rechterlijke toetsingsintensiteit behoren tot de klassieke kernthema's van het algemene bestuursrecht. Zij kennen dan ook een stevige verankering in de dogmatiek, onder meer doordat een vast begrippenkader wordt gehanteerd. Natuurlijk heeft de juridisch wetenschappelijke literatuur ook een sterke binding met de juridische praktijk en kunnen zij elkaar over en weer beïnvloeden. Zo ook bij dit thema.

Beslissingsruimte en met name ook de daaraan gekoppelde rechterlijke toetsingsintensiteit genieten de laatste jaren nogal wat aandacht in de literatuur. In het bijzonder valt te wijzen op het VAR-preadvies van Hirsch Ballin uit 2015, waarin onder meer wordt gepleit voor een minder terughoudende opstelling van de bestuursrechter bij zijn toetsing.² De afgelopen jaren is er voorts in de literatuur op gewezen dat het niet duidelijk is welke begrippen de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State nu precies hanteert voor de kwalificatie van de bestuurlijke beslissingsruimte en welke toetsingsintensiteit daaruit volgt; in haar rechtspraak lijkt zij namelijk af te wijken – al staat dat haar natuurlijk geheel vrij – van het in de dogmatiek gebruikelijke begrippenapparaat.³

In zijn jaarverslag van 2017 gaat de Raad van State in op de in de Afdelingsrechtspraak te hanteren begrippen in het kader van beslissingsruimte en de toetsingsintensiteit.⁴ Daarbij lijkt, maar dat is onze observatie, hij te 'reageren' op deze literatuur. In het verslag maakt de Raad van State melding van een 'indringender toetsing door de bestuursrechter'. Voorts doet hij afstand van de sinds jaar en dag in de dogmatiek gehanteerde terminologie waar het gaat om beslissingsruimte en de rechterlijke toetsingsintensiteit. Zo is hij afgestapt van het gebruik van de term 'marginale toetsing'. De reden daarvoor is dat deze een te vrijblijvende opstelling van de rechter suggereert. Ook stapt de Raad van State af

van het gebruik van het woord 'vrijheid' in de dogmatische termen 'beleidsvrijheid' en 'beoordelingsvrijheid'. De reden daarvoor: 'geen enkel gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid is geheel vrij, maar steeds gebonden aan de regels van het recht'.⁵ In dit kader hanteert hij de termen 'beleidsruimte' en 'beoordelingsruimte'.

Het jaarverslag 2017 en de daarin uitgestippelde koers leiden tot vragen.⁶ In de eerste plaats rijst de vraag hoe het dogmatische begrippenkader zich verhoudt tot het begrippenkader dat de Raad van State hanteert. In het verlengde hiervan is het de vraag wat het nieuwe begrippenkader nu betekent in het licht van de 'indringender toetsing'. In hoeverre toetst de bestuursrechter indringender dan voorheen? En, hoe zou deze indringender toetsing verder vorm kunnen krijgen? Deze vragen staan centraal in dit artikel. Buiten beschouwing blijft of en in hoeverre de Afdeling bestuursrechtspraak zich in haar rechtspraak houdt aan haar nieuwe terminologie en of zij deze (al dan niet) consequent toepast.⁷

In dit artikel wordt eerst ingegaan op het begrippenkader zoals dat in de dogmatiek is ontwikkeld en wordt dit kader vergeleken met de terminologie van de Raad van State in het jaarverslag 2017 (paragraaf 2). Dat doen wij aan de hand van de in de dogmatiek gebruikelijke schematisering van de bestuurlijke beslissingsruimte en de betekenis daarvan voor de intensiteit van de toetsing door de rechter. Na deze analyse staan wij stil bij de rol van de wetgever, die aan de voorkant invloed heeft op de rechterlijke toetsingsintensiteit doordat hij bij de toekenning van bestuursbevoegdheden aan het bestuursorgaan een bepaalde mate van beslissingsruimte geeft (paragraaf 3). Deze belangrijke rol van de wetgever blijft in de discussie in de literatuur enigszins onderbelicht. Vervolgens wordt dieper ingegaan op de toetsingsintensiteit door de bestuursrechter (paragraaf 4). Daarbij komt aan bod of en in hoeverre deze indringender is geworden. Ook wordt ingegaan op de vraag op basis van welke omstandigheden de rechterlijke toetsingsintensiteit, zoals die in beginsel uit de wettelijke bevoegdheidstoekenning voortvloeit, nader kan worden bijgesteld. Wij verkennen enkele gezichtspunten aan de hand waarvan de bestuursrechter voor zijn toetsingsintensiteit een eigen koers kan varen. In de slotparagraaf presenteren wij onze bevindingen en aanbevelingen voor de toekomst (paragraaf 5).

1 Pim Huisman is als universitair hoofddocent verbonden aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit te Amsterdam en is raadsheer-plaatsvervanger in de Centrale Raad van Beroep. Niels Jak is Senior Professional Support Lawyer bij Stibbe en verbonden aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit te Amsterdam. De auteurs hebben dit artikel op wetenschappelijke titel geschreven.

2 E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.H.M. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, i.h.b. hoofdstuk 5.

3 Zie met name de annotaties van L.J.A. Damen en R. Ortlep in het tijdschrift *AB* (o.a. *AB* 2017/259 en *AB* 2018/234 respectievelijk *AB* 2018/21 en *AB* 2018/171).

4 Jaarverslag Raad van State 2017, p. 61. Raadpleegbaar via: <https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2017/>.

5 Jaarverslag Raad van State 2017, p. 61.

6 Zie onder meer recent ter zake in dit tijdschrift R.J.N. Schlössels, 'Discretionaire dogmatiek... anders de Afdeling bestuursrechtspraak?', *NTB* 2018/52.

7 Zie voor een analyse van de omgevingsrechtelijke rechtspraak over de nieuwe terminologie en de veranderende toetsingsintensiteiten recent: R. Kegge, 'Indringende(re) toetsing door de bestuursrechter. Over veranderende toetsingsintensiteiten en de nieuwe terminologie van de Afdeling', *JBplus* 2018, p. 3 e.v.

2. Begrippenkader

2.1 Dogmatiek

In de juridische literatuur is het begrippenkader voor de bestuurlijke beslissingsruimte en de rechterlijke toetsingsintensiteit zoals dat door Duk is ontwikkeld leidend. In dit verband wordt dan ook wel van de Dukiaanse-terminologie gesproken.⁸ De verzamelterm voor de ruimte die het bestuursorgaan heeft om te beslissen bij de publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening is 'beslissingsruimte'. Daarbinnen wordt onderscheiden tussen twee fasen in de besluitvorming waarin beslissingsruimte zich kan voordoen, te weten de beoordelingsfase en de beleidsfase.⁹

In de beoordelingsfase, dat wil zeggen de fase waarin het bestuursorgaan beoordeelt of aan de wettelijke toepassingscriteria is voldaan om een bestuursbevoegdheid uit te oefenen, heeft het bestuursorgaan veelal een vorm van beoordelingsruimte. Het kan zijn dat het wettelijk voorschrift waarin de bestuursbevoegdheid is toegekend het aan het bestuursorgaan overlaat om zich een oordeel te vormen of aan een toepassingscriterium is voldaan; het wordt aan het bestuursorgaan toevertrouwd zich een oordeel te vormen over de kwalificatie van de feiten in het licht van het wettelijke toepassingscriterium (feitenkwalificatie). Men spreekt dan van 'beoordelingsvrijheid'. Dit is doorgaans te herkennen aan het gebruik van de woorden 'naar het oordeel van het bestuur' in combinatie met een of meer toepassingscriteria. Ook kan het zijn dat de bevoegdheidsverschaffende bepaling subjectief vage termen gebruikt in het kader van de toepassingscriteria: te denken valt aan de term 'openbare orde'. Wederom heeft het bestuursorgaan dan beoordelingsvrijheid ten aanzien van de feitenkwalificatie. In geval van beoordelingsvrijheid toetst de rechter de feitenkwalificatie door het bestuursorgaan terughoudend. Voor de goede orde: bij wetsinterpretatie en het vaststellen van de feiten heeft het bestuursorgaan geen vrijheid en toetst de rechter vol.¹⁰

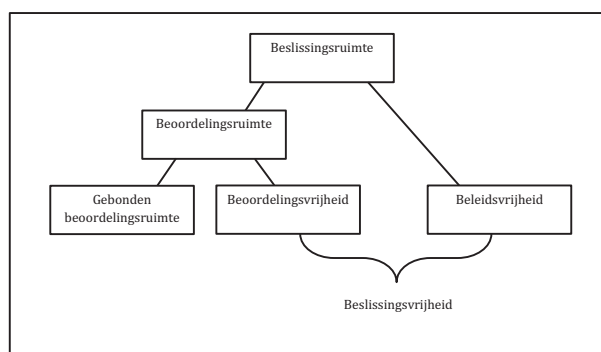
Soms kan de wetgever niet anders dan enige vaagheid laten in een toepassingscriterium, zonder dat het daarbij de bedoeling is dat het bestuur beoordelingsvrijheid heeft. De bevoegdheidsverschaffende wettelijke bepaling bevat dan in het toepassingscriterium objectief vage termen. Te denken valt aan termen als: 'gezamenlijke huishouding', 'bouwwerk', etc. Het bestuur is als eerste aan zet om deze termen te interpreteren, maar van vrijheid voor het bestuur om zich een oordeel te vormen over de

feitenkwalificatie kan niet gesproken worden. Dit wordt aangeduid als 'gebonden beoordelingsruimte'.¹¹ De rechter toetst in het geval van gebonden beoordelingsruimte de feitenkwalificatie door het bestuursorgaan zonder terughoudendheid.

In de op de beoordelingsfase volgende fase, de beleidsfase, is het de vraag of als aan de toepassingscriteria is voldaan het bestuur moet of kan besluiten tot de bevoegdheidsuitoefening over te gaan. Heeft het bestuur in de beleidsfase de ruimte om op basis van een belangenafweging een keuze te maken, dan is sprake van 'beleidsvrijheid'. Wanneer het bestuursorgaan beleidsvrijheid heeft, is het aan het bestuursorgaan om de betrokken belangen af te wegen. De belangenafweging mag niet onevenredig zijn (zie art. 3:4 lid 2 Awb). Beleidsvrijheid is vaak te herkennen aan een zogenoemde 'kan'-bepaling in de wet. Deze bepaling heeft de volgende vorm: 'het bestuursorgaan kan als aan de toepassingscriteria is voldaan de bevoegdheid uitoefenen'.¹² De belangenafweging van het bestuursorgaan wordt door de rechter terughoudend getoetst.

Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid vat men onder de noemer 'beslissingsvrijheid'. Daar waar het bestuursorgaan een vorm van beslissingsvrijheid heeft, stelt de rechter zich, zo veronderstelt het dogmatische model, terughoudend op. Dit wordt in de traditionele dogmatiek aangeduid als een marginale rechterlijke toetsing.¹³

In de bestuursrechtelijke handboeken wordt het voorgaande doorgaans als volgt schematisch weergegeven:¹⁴



Figuur 1: dogmatisch

2.2 Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

In zijn jaarverslag 2017 neemt de Raad van State afstand van de in de dogmatiek gehanteerde terminologie en hanteert een eigen nieuwe terminologie: 'beoordelingsvrijheid' wordt 'beoordelingsruimte' en 'beleidsvrijheid' wordt 'be-

8 Zie W. Duk, 'De zachte kern van het bestuursrecht', *RMThemis* 1978, p. 574-583, W. Duk, 'Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid', *RMThemis* 1988, p. 156-169 en W. Duk, *Recht en slecht. Beginselen van algemene rechtsleer*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 191-199.

9 Zie, uit velen, in het bijzonder A.P. Klap, *Vage normen in het bestuursrecht* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994 en recentelijk K. Geertsema, *Rechterlijke toetsing in het asielrecht* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridisch 2018, i.h.b. p. 35-63. Zie voorts: H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 146-154 en R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nrs. 110-123.

10 A.P. Klap, 'Rechter en bestuur: communicerende vaten of concurrerende machten?', *NTB* 2007/27 (p. 183, 184). Zie over het onderscheid tussen feitenvaststelling en feitenkwalificatie in verband met de rechterlijke toetsingsintensiteit onder meer ook: Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam VU), Leiden: Kluwer 2005, p. 264 e.v. en Kegge 2018, p. 8, 9.

11 Hiervoor worden overigens ook wel andere termen gehanteerd, zoals bijvoorbeeld objectieve beoordelingsruimte. Zie bijvoorbeeld Schlössels & Zijlstra 2017, nr. 112. Daarmee wordt hetzelfde bedoeld.

12 Daarbij past wel opletendheid. Het gebruik van het woord 'kan' in de wet maakt niet altijd dat sprake is van een 'kan'-bepaling in voornoemde zin. Ziet het woord 'kan' niet op een bevoegdheid van een bestuursorgaan, maar op een 'bevoegdheid' van een betrokken burger, dan is van een dergelijke bepaling geen sprake. Zie bijvoorbeeld art. 151g lid 2 Wegenverkeerswet 1994, waarover ABRvS 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1107, AB 2018/158, m.nt. R. Ortlep.

13 Deze term is terug te voeren op H.D. van Wijk, *Voortgaande terugred* (oratie Amsterdam VU), Alphen aan den Rijn: Samsom 1959, p. 3.

14 Zie met name: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 154 en Schlössels & Zijlstra 2017, nr. 112.

leidsruimte'. Tot een inhoudelijke aanpassing leidt dit niet, zo volgt uit de volgende passage uit het jaarverslag:

'Met de termen 'beleidsruimte' en 'beoordelingsruimte' bedoelt de Afdeling bestuursrechtspraak hetzelfde als voorheen met de termen 'beleidsvrijheid' en 'beoordelingsvrijheid'.¹⁵

Uit het gebruik van andere termen lijkt op zichzelf niet te volgen dat de rechterlijke toetsingsintensiteit een andere is. Blijkens het verslag gebruikt de Afdeling weliswaar niet meer de term 'marginale toetsing', maar dat staat er niet aan in de weg dat nog steeds het uitgangspunt is dat in deze gevallen de toetsing terughoudend is. Wel maakt het jaarverslag melding van het feit dat de toetsing door de bestuursrechter 'indringender' is. Wat dit betekent, wordt nader geanalyseerd in paragraaf 4.

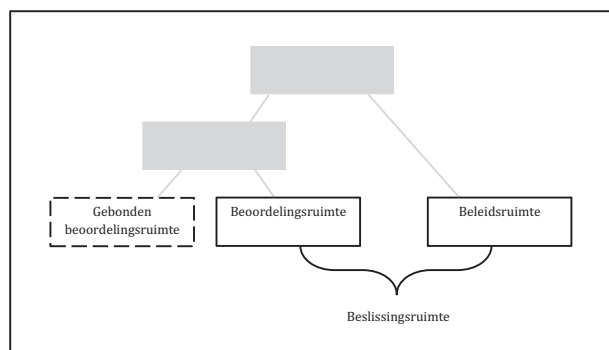
Het niet meer hanteren van de term 'vrijheid' leidt tot nog een terminologische aanpassing, namelijk de overkoepelende term 'beslissingsvrijheid' wordt vervangen door 'beslissingsruimte'.

In de literatuur is er enige vrees dat in het nieuwe begripkader van de Afdeling de 'gebonden beoordelingsruimte' geen plaats heeft gekregen.¹⁶ In het jaarverslag uit 2017 is het volgende te lezen:

'Waar er 'gebonden beoordelingsruimte' is, gebruikt de Afdeling bestuursrechtspraak niet de term 'beoordelingsruimte', maar brengt zij in de motivering de (volle) toetsing van de bevoegdheidstoepassing tot uitdrukking'.¹⁷

Uit deze passage is op te maken dat de Raad van State erkent dat 'gebonden beoordelingsruimte' als aparte categorie bestaat, maar dat de Afdeling bestuursrechtspraak deze term niet in haar uitspraken zal hanteren; als er sprake is van gebonden beoordelingsruimte zal dat, kennelijk impliciet, uit de toetsing blijken.

Dit leidt, wanneer wij alleen deze begrippen in de lege structuur van het schema van de dogmatiek plaatsen, tot het volgende:



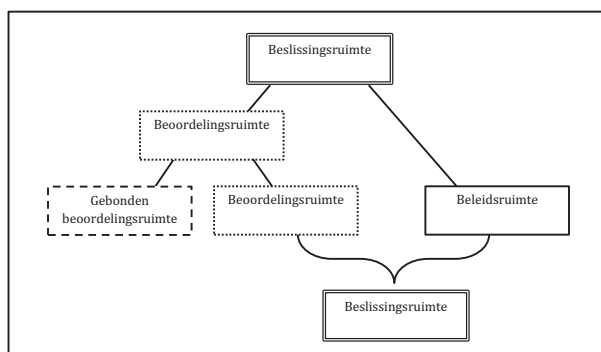
Figuur 2: ABRvS

¹⁵ Jaarverslag Raad van State 2017, p. 61.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Schlössels 2018, p. 301.

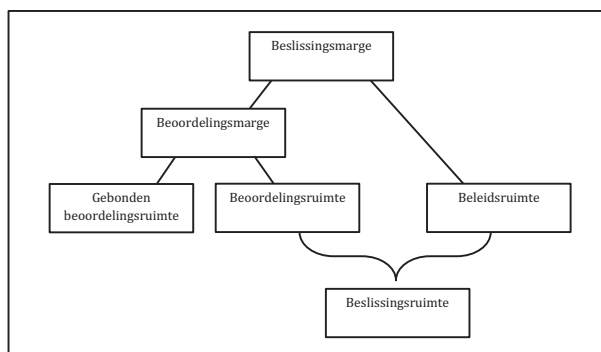
¹⁷ Jaarverslag Raad van State 2017, p. 61.

De focus op alleen deze begrippen is vanuit het perspectief van de rechter zeer logisch aangezien alleen aan deze begrippen gevolgen voor de toetsingsintensiteit plagen te worden verbonden. Maar in de dogmatiek staan deze begrippen niet op zichzelf en worden tevens ook andere, overkoepelende begrippen gehanteerd. Wanneer we de hiervoor besproken mutaties van de Raad van State aanbrengen in het schema van de dogmatiek, en de overige begrippen laten staan, leidt dat tot doublures in terminologie. Zie:



Figuur 3: dogmatisch + ABRvS

In het aldus aangevulde schema doet zich een terminologische doublure voor bij de termen beslissingsruimte en beoordelingsruimte. Om dit schema helemaal sluitend te krijgen, zouden dan ook de dogmatische 'containerbegrippen' van een andere term moeten worden voorzien. Dit kan door het woord 'ruimte' in deze overkoepelende begrippen te vervangen, bijvoorbeeld door het woord 'marge'. Dit zou er dan als volgt kunnen uitzien:



Figuur 4: dogmatisch nieuw

2.3 Breuk met de dogmatiek?

Uit het voorgaande volgt dat er op het punt van de terminologie het een en ander verandert, zeker als men de redenering van de Raad van State doortrekt om te komen tot een nieuw sluitend schema. Voor de toetsingsintensiteit van de bestuursrechter leidt dit op zichzelf niet tot veranderingen. Is het nu wenselijk om van de oude vertrouwde begrippen af te stappen? Het motief van de Raad van State dat de term 'vrijheid' een rechtsvrije ruimte zou impliceren, overtuigt ons niet. Het gaat om een juridisch begrip in een juridische context. Rechtssubjecten zijn nooit geheel 'vrij' en zijn al-

tijd gebonden aan het recht. Dit geldt uiteraard ook voor bestuursorganen, wat overigens al door Duk uitdrukkelijk wordt erkend.¹⁸ Belangrijker dan dit is dat de transitie naar nieuwe termen eigenlijk alleen wenselijk is – vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtseenheid – als door iedereen, maar vooral door de verschillende hoogste rechtscolleges, hetzelfde begrippenapparaat op dezelfde wijze wordt gehanteerd.¹⁹ Vooralsnog gebeurt dat niet.²⁰ Mocht het tot een terminologische koerswijziging over de hele linie van het bestuursrecht komen, dan kan wellicht ons ‘nieuwe’ schema (figuur 4) goede diensten bewijzen. Vooralsnog houden wij in het vervolg van dit artikel vast aan de oude, vertrouwde terminologie.

3. **Wetgever: terminologie bevoegdheidstoekenning**

3.1 **Nuancering van de dogmatiek**

Het dogmatische ‘model Duk’ is een abstractie en geeft in hoofdlijnen weer hoe de wetgever in de toekenning van bestuursbevoegdheden aan het bestuursorgaan een bepaalde mate van beslissingsruimte geeft. Belangrijk om in te zien is dat de wetgever in dit model eveneens op hoofdlijnen de rechterlijke toetsingsintensiteit bepaalt. Dit dogmatische hoofdsysteem kan worden genuanceerd. De onderscheidingen tussen beoordelingsvrijheid en gebonden beoordelingsruimte enerzijds en tussen beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid anderzijds zijn namelijk niet zo zwart wit als zij op het eerste gezicht lijken. Dit heeft gevolgen voor zowel de mate van beslissingsruimte van het bestuursorgaan als de rechterlijke toetsingsintensiteit.

3.2 **Beoordelingsvrijheid versus gebonden beoordelingsruimte**

Het onderscheid tussen gebonden beoordelingsruimte en beoordelingsvrijheid is te karakteriseren als een glijdende schaal. Dat dit onderscheid niet binair is, wordt al onderkend door Duk. Volgens hem heeft een bestuursorgaan

meer beoordelingsruimte naarmate de voorwaarden voor rechtmatige uitoefening van een bevoegdheid ‘elastischer of vager zijn omschreven’.²¹

De woorden ‘naar het oordeel van’ duiden, zoals gezegd, op beoordelingsvrijheid. Toch bestaat daarmee niet zonder meer uitsluitel over de mate van beoordelingsruimte. Het kan zo zijn dat de wetgever de clausule ‘naar het oordeel van’ niet weloverwogen gebruikt. Dan lijkt het woordgebruik aan te sturen op beoordelingsvrijheid terwijl daar eigenlijk geen sprake van is.²² Zo is moeilijk voorstelbaar dat het bevoegd gezag beoordelingsvrijheid toekomt in de situatie dat een bouwverordening bepaalt dat een omgevingsvergunning voor het bouwen, in afwijking van het verbod tot overschrijding van de toegelaten bouwhoogte, kan worden verleend wanneer ‘naar het oordeel van het bevoegd gezag’ sprake is van een gebouw bestemd voor het uitoefenen van een bedrijf. Voorts wijst Klap er ter relativering op dat de wetgever de clausule ‘naar het oordeel van’ soms te ‘gemakzuchtig’ gebruikt en een vlucht kan zijn voor de plicht om bij het voorschrift zo precies mogelijk te zijn en rechtszekerheid te scheppen.²³ De wetgever gaat bij het toekennen van bestuurlijke beoordelingsruimte derhalve niet altijd even systematisch te werk.²⁴

Bepaalde bewoordingen in een bevoegdheidsverschaffende wettelijke bepaling kunnen dus op het eerste gezicht de indruk wekken dat sprake is van beoordelingsvrijheid, terwijl daarvan eigenlijk geen sprake is (of kan zijn). Dit heeft ook gevolgen voor de toetsingsintensiteit van de bestuursrechter. De rechter zal dan de feitenkwalificatie juist niet terughoudend, maar vol(ler) dienen te toetsen.

3.3 **Beoordelingsvrijheid versus beleidsvrijheid**

Daarnaast is het onderscheid tussen beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid ook niet zo scherp als dat ogenschijnlijk lijkt. Als we de dogmatiek volgen, dan brengt alleen de aanwezigheid van beleidsvrijheid met zich dat het bestuursorgaan geacht wordt de betrokken belangen af te wegen. Bij beoordelingsvrijheid is een belangenafweging in beginsel niet aan de orde. Het onderscheid tussen beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid kan evenwel worden genuanceerd. Zo is goed denkbaar dat onder bepaalde omstandigheden bij de vaststelling of aan het toepassingscriterium is voldaan de betrokken belangen in ogenschouw moeten worden genomen. Een voorbeeld biedt de bevoegdheid van de burgemeester om een bepaald evenement ‘in het belang van de

18 Duk 1988, p. 163. Zie ook recent B.J. Schueler, ‘De Awb-rechter na 25 jaar: een karakterschets’, *Trema* 2019, afl. 1, par. 3.5.

19 Vgl. Schlössels 2018, p. 209 en 302.

20 Een klein onderzoekje naar de rechtspraak vanaf 1 januari 2017 levert het volgende beeld op. De Centrale Raad van Beroep hanteert de traditionele terminologie, alhoewel ook wel – maar veel minder – de termen beleidsruimte (bijvoorbeeld: CRvB 7 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1337) en beoordelingsruimte (bijvoorbeeld: CRvB 25 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2119; CRvB 26 september 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3311; CRvB 13 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1067) worden gebruikt.

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven gebruikt eveneens de traditionele terminologie. Daarbij lijkt het begrip ‘beoordelingsvrijheid’ vooral te worden gebruikt in de sfeer van regelgevende bevoegdheden (Cbb 4 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:474). Daarnaast wordt ook de term beoordelingsruimte gehanteerd (bijvoorbeeld: Cbb 26 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:215; Cbb 12 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:670). De term beleidsruimte wordt slechts een enkele keer gebruikt (Cbb 24 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:347).

Ook de Hoge Raad hanteert de traditionele terminologie (zie bijvoorbeeld HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483; HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987). De term beoordelingsvrijheid is ook terug te zien bij regelgevende bevoegdheden (HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2429), evenals het begrip beoordelingsruimte (HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729).

21 Duk 1988, p. 161. Vergelijk ook Schlössels 2018, p. 301: ‘Ook in de wereld van de (objectieve) vage begrippen is er behoefte aan gradaties die de interactie tussen bestuur en rechter bepalen.’

22 Klap 1994, p. 258.

23 Klap 1994, p. 257-258.

24 Evenzo: B.W.N. de Waard, *Samenwerkende machten. Wetgeving en rechtspraak, in dienst van het recht* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 22 e.v. Vgl. S.E. Zijlstra, ‘Bevoegdheidstoedeling en organisatie’, in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 467, 468.

openbare orde' te verbieden.²⁵ Dit veronderstelt dat de burgemeester het belang van de openbare orde tegen de andere relevante belangen afweegt. Voor de toetsingsintensiteit van de rechter bij beoordelingsvrijheid brengt dit geen veranderingen met zich. Die is namelijk nog steeds terughoudend. Het heeft wel gevolgen voor de wijze van toetsen in de zin dat de rechter de door het bestuursorgaan gemaakte belangenafweging bij zijn toetsing moet betrekken. Die belangenafweging wordt in beginsel terughoudend op evenredigheid getoetst (zie paragraaf 4.3).

3.4 *Tekst van de wet versus de parlementaire geschiedenis*

Of de wetgever een bepaalde mate van beslissingsruimte toekent, is voor een belangrijk deel op te maken uit de terminologie die hij gebruikt in de bevoegdheidstoekenning, maar dat is niet het enige. Het vergt, naast het raadplegen van de wettekst, ook een onderzoek naar de bedoeling van de wetgever, meer in het bijzonder een onderzoek naar de parlementaire geschiedenis van de bevoegdheidsverschaffende bepaling, hetgeen nog weleens over het hoofd wordt gezien. Het is mogelijk dat in de tekst de woorden 'naar het oordeel van' of een subjectieve vage term als 'openbare orde' worden gebruikt, maar dat de mate van beoordelingsvrijheid al in zekere zin wordt ingeperkt doordat de wetgever in de memorie van toelichting het toepassingscriterium door middel van een nadere uitleg heeft ingekaderd. Iets vergelijkbaars laat zich denken wanneer sprake is van een zogenoemde 'kan'-bepaling. Wanneer de wetgever in de memorie van toelichting bijvoorbeeld expliciteert met welke belangen bij de te maken belangenafweging rekening moet worden gehouden en welk gewicht daarbij aan die belangen moet worden toegekend, brengt dat met zich dat de mate van beleidsvrijheid al door de wetgever is begrensd. Het voorgaande leidt ertoe dat hoe meer de wetgever de beoordelings- dan wel beleidsvrijheid in de memorie van toelichting begrenst, dit van invloed is op de toetsing door de rechter, die daarmee intensiever zal worden.

3.5 *Aanwijzingen voor de regelgeving*

De wetgever kent bestuursbevoegdheden toe en geeft hen vorm. Dit klinkt door in de ruimte die het bestuursorgaan heeft om te beslissen en de controlerende rol die de rechter kan uitoefenen. In het licht van deze belangrijke taak van de wetgever is het opmerkelijk dat de wetgever hierbij weinig houvast heeft, met name als het gaat om het toekennen van beslissingsruimte. De Aanwijzingen voor de regelgeving geven hierover nauwelijks regels. Er is op dit punt slechts één relevante aanwijzing. Aanwijzing 2.14 lid 1 bepaalt dat bij de toekenning van bestuursbevoegdheden de uitoefening daarvan zo veel mogelijk wordt genormeerd.²⁶ In aanwij-

zing 2.14 lid 2 wordt vervolgens enkel voorgeschreven dat discretionaire bevoegdheden en bevoegdheden met vage toepassingscriteria niet worden toegekend, tenzij daarvoor 'goede gronden' zijn. Nog daargelaten dat deze norm zelf niet heel veel houvast biedt (wanneer is sprake van 'goede gronden?'), voor het eenduidig toekennen en vormgeven van beslissingsruimte worden echter in het geheel geen normen gegeven, terwijl dat naar onze mening vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtseenheid wel zeer gewenst is. Hier valt winst te boeken en het is wenselijk dat een eenduidig kader wordt ontwikkeld.²⁷

4. Rechterlijke toetsingsintensiteit

4.1 *Op naar een toetsing op maat*

Het hoofdsysteem is, als we het 'model Duk' volgen, dat de bestuursrechter in geval van gebonden beoordelingsruimte vol toetst en in geval van beleids- of beoordelingsvrijheid terughoudend toetst. Hiervoor hebben we laten zien dat het systeem niet zo rigide is als het op het eerste gezicht lijkt. Daarbij komt dat naast de wetgever, die in de vorige paragraaf aan de orde kwam, ook de rechter zelf het systeem kan bijstellen en een (strategische) koers kan varen met betrekking tot zijn toetsingsintensiteit. In concrete gevallen kan de toetsingsintensiteit namelijk worden bijgesteld als het voorliggende geval daar om vraagt. Dit kan worden aangeduid als toetsing op maat.²⁸ Bij toetsing op maat wordt wel de kanttekening geplaatst dat dit kan leiden tot rechtsonzekerheid.²⁹ Deze kritiek is te ondervangen als de rechter aan de hand van gezichtspunten kan motiveren waarom in bepaalde gevallen voller of terughoudender dan de door de wetgever gegeven hoofdlijn wordt getoetst.³⁰ In deze paragraaf zullen wij een aantal gezichtspunten formuleren aan de hand waarvan deze toetsing op maat nader vormgegeven kan worden. Om tot deze gezichtspunten te komen, is het nodig eerst de huidige wijze van toetsing, zoals die ook naar voren komt in de jaarverslagen van de Raad van State, aan een nadere blik te onderwerpen. Achtereenvolgens wordt in deze paragraaf ingegaan op: de toetsing door de rechter aan het recht (zorgvuldigheid en motivering) (paragraaf 4.2), de terughoudende toets aan het evenredigheidsbeginsel en het verbod van willekeur (paragraaf 4.3) en de maatstaven aan de hand waarvan de toetsingsintensiteit – naar onze mening – (nog verder) kan worden bijgesteld (paragraaf 4.4).

25 Zie Klap 2007, p. 190-191 die nog meer voorbeelden noemt. Zie ook A.P. Klap, 'Rechterlijke toetsing aan vage normen in Nederland en Duitsland', in: A.P. Klap, F.T. Groenewegen & J.R. van Angeren, *Toetsing aan vage normen door de bestuursrechter in het Nederlandse, Duitse, Engelse en Franse recht* (Geschriften van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking; No. 72), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 12-14.

26 *Stcrt.* 2017, 69426.

27 De Waard formuleert in zijn oratie enkele aandachtspunten die daarbij van betekenis kunnen zijn: De Waard 1994, p. 27 e.v. Zie in algemene zin over de Aanwijzingen voor de regelgeving en de toedeling van bestuursbevoegdheden: S.E. Zijlstra, 'Enkele wetgevingstechnische opmerkingen over toedeling van bestuursbevoegdheid', in: S.S. Zoeteman (red.), *Experimenteerwetgeving* (preadviezen Nederlandse Vereniging voor Wetgeving), Tilburg: Wolf Legal Publishers 2018, p. 3 e.v.

28 R. Ortlep & W. Zorg, 'Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?', *AA* 2018, p. 20 e.v. Vgl. P.-J. van de Weyer, *Vereiste van volle rechtsmacht in de zin van art. 6 EVRM in bestuursrechtelijke geschillen* (diss. Leuven), 2018, p. 568-571 over een zaakspecifieke benadering.

29 Vgl. Kegge 2018, p. 18.

30 Vgl. Van de Weyer 2018, p. 565-568 die pleit voor meer transparantie in de rechtspraak over de toetsingsintensiteit.

4.2 Toetsing aan het recht: zorgvuldigheid en motivering

In geval het bestuursorgaan beslissingsvrijheid heeft, toetst de rechter, zo is het uitgangspunt, terughoudend. Het is daarbij goed om te bedenken dat de rechter ook steeds toetst aan het recht, meer in het bijzonder aan de formele beginselen van behoorlijk bestuur, zoals ook in de jaarverslagen van de Raad van State wordt benadrukt.³¹ Dat betekent dat de rechter toetst aan beginselen als het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb) en het motiveringsbeginsel (art. 3:46 Awb; art. 7:12 Awb). Een dergelijke toetsing kan meer of minder indringend zijn. Zo overweegt de Afdeling in de Groningen-gasuitspraak dat vanwege de grondrechten die in het geding zijn hoge eisen aan de motivering van het betrokken besluit moeten worden gesteld.³² Daarbij geldt wel dat de rechter zich dient te beperken tot een rechtmatigheidstoets.³³ Desondanks wordt in de literatuur wel gewezen op het risico dat de rechter een oordeel presenteert als toetsing aan bijvoorbeeld het motiveringsbeginsel terwijl daarachter eigenlijk een inhoudelijk oordeel over de door het bestuursorgaan gegeven argumentatie schuilt, wat dus een rechtmatigheidsoordeel te buiten gaat.³⁴

Daarnaast toetst de rechter ook aan art. 3:4 lid 1 Awb, waarin is bepaald dat een bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afweegt, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit. Wanneer een daadwerkelijke belangenafweging ontbreekt, is in wezen sprake van de meest vergaande daad van willekeur door het bestuursorgaan.³⁵ De toetsing door de rechter aan art. 3:4 lid 1 Awb zou als een 'indringende willekeurstoets' kunnen worden aangemerkt. Deze vorm van willekeurstoetsing moet worden onderscheiden van de toets die onder het tweede lid van art. 3:4 Awb plaatsvindt. Overigens ligt een toetsing aan art. 3:4 lid 1 Awb minder voor de hand wanneer een bestuursorgaan alleen beoordelingsvrijheid heeft, omdat in dat artikel wordt voorgeschreven dat het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen moet afwegen. In de beoordelingsfase is in beginsel geen sprake van af te wegen belangen.³⁶

In zijn recente jaarverslagen heeft de Raad van State er de aandacht op gevestigd dat een toetsing aan het recht moet plaatsvinden.³⁷ Op zichzelf is dit niets nieuws onder zon. Klap constateert in zijn proefschrift uit 1994 en ook in latere publicaties al dat het oordeel van het bestuursorgaan door de bestuursrechter steeds vaker aan de hand van het

motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel wordt getoetst.³⁸ Polak wijst er in een publicatie uit 2008 op dat die toetsing aan het recht ook een *volle* rechtmatigheidstoets inhoudt.³⁹ Dat neemt niet weg dat de hernieuwde aandacht voor de rechtmatigheidstoetsing wel zijn sporen lijkt na te laten in recente rechtspraak doordat de rechter in sommige gevallen via de formele beginselen van motivering en zorgvuldigheid indringender toetst dan voorheen.⁴⁰

4.3 Terughoudende toets: evenredigheid en willekeur

De terughoudende toetsing die de bestuursrechter verricht, wordt doorgaans in verband gebracht met de uitspraak *Maxis en Praxis*.⁴¹ Deze uitspraak ziet op een terughoudende rechterlijke toetsing van de belangenafweging door het bestuursorgaan en heeft daarmee (vooral) betrekking op het geval waarin het bestuursorgaan beleidsvrijheid bij de bevoegdheidsuitoefening heeft. Deze uitspraak bespreken wij eerst, waarna afzonderlijk wordt ingegaan op de terughoudende toetsing in geval van beoordelingsvrijheid.

4.3.1 Terughoudende toets evenredigheid: uitspraak *Maxis en Praxis*

De belangenafweging die het bestuursorgaan dient te maken, moet voldoen aan art. 3:4 lid 2 Awb. Hierin is bepaald dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Na inwerkingtreding van dit artikel in 1994 rees de vraag hoe de bestuursrechter hieraan zou dienen te toetsen. De Afdeling overweegt ter zake, in de klassieke uitspraak *Maxis en Praxis*, als volgt:

'Bij art. 3:4 tweede lid Awb is bepaald dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Met dit tot het bestuur gerichte voorschrift heeft de wetgever niet beoogd de rechterlijke toetsing te intensiveren ten opzichte van de rechtspraak, zoals die zich had ontwikkeld onder de vigeur van onder meer art. 8 eerste lid aanhef en onder c, van de met ingang van 1 jan. 1994 ingetrokken Wet Arob. Volgens de memorie van antwoord (...) is het niet de bedoeling dat de rechter gaat beoordelen, welke nadelige gevolgen nog wel en welke niet meer evenredig zijn, of dat de rechter gaat uitmaken welke uitkomst van de belangenafweging als het meest evenwichtig moet worden beschouwd. Dit standpunt van de wetgever is gebaseerd op de onderscheiden posities, die de onafhankelijke rechter en het politiek verantwoordelijke bestuur in het staatsbestel innemen. Uit de memorie van antwoord blijkt ook dat met de formulering van art. 3:4 tweede lid Awb, met toepassing van een dubbele ontkenning ('niet

31 Jaarverslag Raad van State 2015, p. 67.

32 ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3156. Zie ook ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3245, AB 2018/206, m.nt. R. Ortleip.

33 ABRvS 1 juni 1999, ECLI:NL:RVS:1999:ZF5196, AB 1999/325, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom, waarin de rechtbank dit voor de motiveringstoetsing niet in acht nam.

34 B. Schueler, 'Liever geen Spaghetti a la Giudiziaria. De vorming van algemeen bestuursrecht door de rechter', in: A. Nieuwenhuis, J.-H. Reestman & C. Zoethout (red.), *Rechterlijk activisme* (Peters-bundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 223-224. Vergelijk L.J.A. Damen, 'Bos bijt met Landsbank in het IJslandse ijs', AA 2009, p. 665; Klap 1994, p. 252.

35 Schlössels & Zijlstra 2017, nr. 309.

36 Zie voor de nuance paragraaf 3.3.

37 Jaarverslag Raad van State 2015, p. 67.

38 Klap 1994, p. 252. Zo ook Klap 2007, p. 190, 191.

39 J.E.M. Polak, 'Enkele aspecten van rechterlijke toetsing van overheids-handelen. Over activistische en defensieve rechters', *NJB* 2008/857 (1090-1091).

40 Kegge 2018, p. 13-14.

41 ABRvS 9 mei 1996, AB 1997/93, AB Klassiek 2016/22, m.nt. B.W.N. de Waard (*Maxis en Praxis*).

onevenredig') is beoogd de rechter te nopen tot terughoudendheid bij de toetsing van de belangenafweging door het bestuur.⁴²

Uit deze overweging volgt dat de Afdeling de belangenafweging van het bestuursorgaan beperkt en terughoudend toetst: er wordt alleen getoetst of de belangenafweging kennelijk onredelijk is. Dit wordt ook wel aangeduid als een willekeurstoetsing.

Maar dwingen de Awb en de parlementaire geschiedenis daartoe? Zoals De Waard, volgens ons terecht, betoogt, wordt hier de parlementaire geschiedenis – meer in het bijzonder de memorie van toelichting bij art. 3:4 Awb – toch enigszins tekortgedaan.⁴³ Meer precies valt te wijzen op twee passages daaruit. Ten eerste de passage waarin wordt opgemerkt dat de vaststelling dat niet is voldaan aan het vereiste van een redelijke doel-middelverhouding niet buiten de taak van de rechter is gelegen.⁴⁴ Ten tweede valt te wijzen op de passage waarin wordt gezegd dat een dergelijke evenredigheidseis mogelijk en zinvol is en dat zij in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG (thans: Hof van Justitie van de EU) eveneens toepassing heeft gevonden en wel in gevallen dat aan belanghebbenden lasten worden opgelegd.⁴⁵

In de literatuur is er meermaals op gewezen dat de toetsing die het Hof van Justitie hanteert bij het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel goede diensten kan bewijzen voor een verdere ontwikkeling van de toetsing door de Nederlandse bestuursrechter aan het Nederlandse evenredigheidsbeginsel.⁴⁶ Dit sluit aan bij de memorie van toelichting bij art. 3:4 lid 2 Awb. Hierna wordt kort ingegaan op de Unierechtelijke evenredigheidstoets en de meerwaarde die een daarop gegente toetsing aan art. 3:4 lid 2 Awb kan hebben.

De Unierechtelijke evenredigheidstoets valt, nadat is vastgesteld dat met het besluit een legitiem doel wordt nagestreefd, uiteen in drie stappen:⁴⁷

- een toets of het besluit geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken (geschiktheid);
- een toets of het besluit noodzakelijk is om het doel te bereiken (noodzakelijkheid);
- een toets of het besluit – als het op zich geschikt en noodzakelijk is – niet onredelijk bezwarend is voor betrokkenen (evenredigheid in strikte zin).

Er wordt een doel-middeltoetsing gehanteerd, waarin wordt onderscheiden of het besluit überhaupt geschikt is om het gestelde doel te bereiken, of het besluit noodzakelijk is (meer in het bijzonder: is gekozen voor het minst belastende alternatief) en of het besluit niet onredelijk bezwarend is. Het Hof van Justitie lijkt materieel terughoudend te toetsen aan het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel en kiest voor een procedurele toetsing. Dat wil zeggen dat de nadruk ligt op de zorgvuldigheid van het onderzoek en de aangedragen argumenten: op basis van de relevante feiten en omstandigheden moet voldoende kunnen worden onderbouwd dat het besluit geschikt, noodzakelijk en evenwichtig is.⁴⁸

Bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel zoals gecodificeerd in art. 3:4 lid 2 Awb hanteert de nationale bestuursrechter meestal (slechts) een toets die lijkt op een toetsing van de 'evenredigheid in strikte zin'.⁴⁹ Een nadere verfijning van de toetsing aan het nationale evenredigheidsbeginsel ziet vooral op de uitbreiding van de toetsing met een (doel-middel)toets aan geschiktheid en noodzakelijkheid.⁵⁰

De meerwaarde van een nadere invulling van de nationale evenredigheidstoetsing langs de hiervoor beschreven lijnen zit erin dat als de rechter deze stappen hanteert en aan de motivering van zijn uitspraak ten grondslag legt, dit de transparantie en inzichtelijkheid van de rechterlijke toetsing vergroot. Een dergelijke toetsing biedt voorts een instrument om het besluit en het besluitvormingsproces meer nauwkeurig aan een evenredigheidstoets te onderwerpen, zonder daarbij te vergaand te treden in de beslissingsvrijheid die het bestuursorgaan heeft gekregen. Dit achten wij aantrekkelijk. Het vergt wel een nadere verfijning van de huidige jurisprudentie.

Wellicht ten overvloede merken wij op dat de nationale rechter soms zelf een echte 'Unierechtelijke' evenredigheidstoets moet aanleggen wanneer de vraag voorligt of een nationaal besluit zich verdraagt met het Unierecht, zoals de vrijheid van dienstenverkeer, of het burgerschap van de Unie.⁵¹ Het gaat dan niet om een toetsing aan het evenredigheidsbeginsel als bedoeld in art. 3:4 lid 2 Awb, maar om toetsing aan het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel. De nationale bestuursrechter, waaronder de Afdeling, heeft via deze weg al ervaring met de Unierechtelijke evenredigheidstoets waardoor een nadere verfijning van de toetsing aan het nationale evenredigheidsbeginsel geen al te grote stap hoeft te zijn.

42 ABRvS 9 mei 1996, AB 1997/93, AB Klassiek 2016/22, m.nt. B.W.N. de Waard (*Maxis en Praxis*).

43 De Waard in zijn annotatie bij *Maxis en Praxis*, zie AB Klassiek 2016/22, p. 346-347.

44 MvT, PG Awb I, p. 211.

45 MvT, PG Awb I, p. 211.

46 Zie met name: A.J.C. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 268 e.v., J. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europees recht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 111 e.v., A.W.G.J. Buijze, 'Effectiviteit in het bestuursrecht', *NTB* 2009/8 (p. 228 e.v.) en Hirsch Ballin 2015, p. 49-50.

47 Zie uitvoering ter zake: Gerards 2007, p. 75 e.v. en J.E. van den Brink e.a., 'Rechtsbeginselen en fundamentele rechten', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 176 e.v.

48 Zie meer uitvoerig Van den Brink e.a. 2017, p. 182, 183 en de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven van 22 december 2017 inzake exceptieve toetsing (ECLI:NL:RVS:2017:3557), par. 7.9.

49 Gerards 2007, p. 102. Vgl. Van den Brink e.a. 2017, p. 194.

50 Het geschiktheidsvereiste en het noodzakelijkheidsvereiste (vereiste van de 'minste pijn') komen bij uitzondering al wel in de nationale rechtspraak naar voren. Zie Gerards 2007, p. 100 e.v.

51 Van den Brink 2017, p. 195 e.v. onder verwijzing naar jurisprudentie van nationale bestuursrechters, waaronder de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Zie ook ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1466, AB 2018/443, m.nt. A. Drahmann; ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062, AB 2018/246, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

4.3.2 *Beoordelingsvrijheid: terughoudende toets evenredigheid en willekeur*

Wanneer sprake is van beoordelingsvrijheid, behoort de rechter in beginsel terughoudend te toetsen. De vraag rijst wat deze terughoudende toetsing behelst. Voor zover de beoordelingsvrijheid inhoudt dat het bestuursorgaan een afweging mag maken tussen belangen,⁵² geldt hetgeen hiervoor is besproken. Gaat het echter niet om een belangenafweging dan kan aan de in de uitspraak *Maxis en Praxis* geformuleerde willekeurstoets wel inspiratie worden ontleend. De terughoudende toetsing bij beoordelingsvrijheid zou volgens ons dan kunnen luiden dat de rechter zich moet beperken tot de vraag of het bestuursorgaan in redelijkheid tot de kwalificatie van de feiten heeft kunnen komen; dat wil zeggen zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de feiten – zoals die zijn vastgesteld – het wettelijke toepassingscriterium van de bestuursbevoegdheid vervullen.⁵³

4.4 *Gezichtspunten ter nadere bepaling toetsingsintensiteit*

Onder bepaalde omstandigheden kunnen er voor de rechter goede argumenten zijn om, in afwijking van het al meerdere keren genoemde (door de wetgever gegeven) hoofdsysteem, terughoudend(er) of juist vol(ler) te toetsen. Op die manier kan de rechter handen en voeten geven aan een eigen strategische koers met betrekking tot de toetsingsintensiteit. Hierna verkennen wij enige gezichtspunten aan de hand waarvan meer of minder intensief kan worden getoetst en waardoor het hoofdsysteem als het ware gecorrigeerd kan worden.

Voordat wij ingaan op de gezichtspunten die de rechterlijke toetsingsintensiteit kunnen bijstellen kort het volgende. Het feit dat het bestuursorgaan *politieke keuzes* moet maken wanneer het een besluit neemt, wordt wel als argument genoemd voor rechterlijke terughoudendheid. Daarop is, terecht, het een en ander af te dingen.⁵⁴ Weliswaar wordt beslissingsvrijheid mede toegekend met het oog op het feit dat het bestuursorgaan politieke keuzes dient te maken, maar dat wil uiteraard niet zeggen dat de rechter de gemaakte keuzes niet zou kunnen toetsen of dat de rechter per definitie zeer terughoudend dient te zijn. Te wijzen valt op de rechtmatigheidstoets aan het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel die in meer of mindere mate indringend kan zijn (paragraaf 4.2). Voorts valt te wijzen op de hierna te bespreken gezichtspunten die met zich kunnen brengen dat de toetsing meer of minder indringend is.

4.4.1 *Ingrijpende gevolgen en fundamentele rechten*

Één van de gezichtspunten die de toetsingsintensiteit van de rechter nader kan bepalen, ziet op de situatie wanneer fundamentele rechten in het geding zijn of wanneer het be-

sluit anderszins zeer ingrijpende gevolgen heeft. In dat geval wordt in de literatuur wel aangenomen dat er voor de rechter aanleiding is om indringender te toetsen.⁵⁵ Het gaat hier niet alleen om een indringender toetsing van de evenredigheid, maar het kan ook gaan om een indringender toetsing aan het motiverings- of zorgvuldigheidsbeginsel. Zo overweegt de Afdeling in de uitspraak over de gaswinning in Groningen dat de aard en schaal van de met de gaswinning gepaard gaande gevolgen zodanig zijn dat de grondrechten op leven (veiligheid), privacy (aantasting van het leefklimaat) en het ongestoord genot van het eigendom aan de orde zijn en daarom aan de motivering van het besluit door de minister hoge eisen moeten worden gesteld.⁵⁶ Soms dwingt de beperkingssystematiek van grondrechten uit de Grondwet of het EVRM tot een bepaalde evenredigheids- of proportionaliteitstoets. Dat geldt ook voor het Unierecht, zoals hiervoor al is opgemerkt.

In dit licht past ook de welbekende uitzondering op de terughoudende *Maxis en Praxis*-evenredigheidstoets voor punitieve sancties. De bestuursrechter moet art. 3:4 lid 2 Awb dan aldus toepassen dat hij zelf beoordeelt of evenredigheid bestaat tussen de ernst van de verweten overtreding en de zwaarte van de opgelegde sanctie.⁵⁷ Verder is van belang dat de wetgever voor bestuurlijke boetes in art. 8:72a Awb voor de bestuursrechter de verplichting heeft opgenomen dat hij, wanneer hij een beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete vernietigt, zelf een beslissing neemt over het opleggen van de boete. Achtergrond van deze bepaling is het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals onder meer voortvloeiend uit art. 6 EVRM. De burger heeft er bij bestraffende sancties recht op dat de zaak binnen redelijke termijn definitief wordt beslist.⁵⁸ Definitieve geschilbeslechting kan mogelijk ook anderszins tot een indringender evenredigheidstoetsing aanleiding geven, zo zal hierna worden uiteengezet.

4.4.2 *Definitieve geschilbeslechting*

Een reden om tot een intensieve(re) toetsing over te gaan, ondanks het bestaan van beslissingsvrijheid, kan zijn gelegen in het uitgangspunt van definitieve geschilbeslechting (zie art. 8:41a Awb). Hiervoor werd beschreven dat de rechter steeds ook toetst aan het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en art. 3:4 lid 1 Awb. Wanneer de rechter het besluit vanwege strijd met die formele normen vernietigt en terugstuurt naar het bestuursorgaan, ontstaat, in de woorden van Polak, al snel een situatie van 'gepingpong' tussen bestuursorgaan en rechter. Dat komt de definitieve geschilbeslechting niet ten goede. Daarom pleit Po-

52 Zie paragraaf 3.3.

53 Enzo Schlössels & Zijlstra 2017, nr. 117.

54 Hirsch Ballin 2015, m.n. p. 26-27, 49 en S.E. Zijlstra, 'Bespreking VAR-preadviezen. E.M.H. Hirsch Ballin, Dynamiek in de bestuursrechtspraak. Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling', *NTB* 2015/16 (p. 131).

55 Zie recentelijk: A.E.M. Leijten, 'Als het om fundamentele rechten gaat: bestuursrechtelijke toetsing bezien vanuit grondrechtelijk perspectief', *Tvcr* 2017, p. 51. Vergelijk voorts de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven van 22 december 2017 inzake exceptieve toetsing (ECLI:NL:RVS:2017:3557), paragraaf 8.4.

56 ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3156, AA 2018, p. 315 e.v. m.nt. K.J. de Graaf & A.T. Marseille. Zie ook ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3245, AB 2018/206, m.nt. R. Ortlep inzake het zorgvuldigheidsbeginsel.

57 ABRvS 4 juni 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2229, JB 1996/172, m.nt. EvdL.

58 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 152.

lak ervoor dat de bestuursrechter een tussenuitspraak doet waarbij wordt aangegeven welke gebreken aan het besluit kleven. Vervolgens wordt het bestuursorgaan in de gelegenheid gesteld om daarop te reageren, met name ook op het punt van de aan hem toekomende beslissingsvrijheid. Deze benadering komt tegemoet aan zowel definitieve geschilbeslechting als aan de eigen taken van rechter en bestuursorgaan.⁵⁹ De gedachte van Polak komt vandaag de dag tot uitdrukking in de regeling van de bestuurlijke lus (art. 8:51a e.v. Awb jo. art. 8:80a Awb). Het is belangrijk om op te merken dat deze benadering op zichzelf nog geen intensievere toetsing met zich brengt.

Wanneer zou het oogmerk van definitieve geschilbeslechting dan wel aanleiding kunnen zijn voor een meer intensieve toetsing? Daarvoor kan te rade worden gegaan bij de situaties waarin de rechter bevoegd is om zelf in de zaak te voorzien (art. 8:72 lid 3 aanhef en onder b Awb). Voor zelf in de zaak voorzien is in beginsel geen plaats zolang voor het bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid overblijft. Dat kan anders zijn wanneer het bestuursorgaan de kans op het nemen van een rechtmatig besluit evident heeft verspeeld, hiertoe niet langer in staat blijkt te zijn dan wel de mogelijkheid van een tijdige geschilbeslechting in het gedrang komt.⁶⁰ Wanneer we deze redenering doortrekken naar de rechterlijke toetsingsintensiteit dan levert dat het volgende op. Een indringende(re) rechterlijke toetsing is in beginsel niet aangewezen als het bestuursorgaan beslissingsvrijheid heeft, maar dat zou mogelijk anders kunnen zijn wanneer het bestuursorgaan er keer op keer niet in slaagt een zorgvuldig en deugdelijk gemotiveerd besluit te nemen. In die situatie is voorstelbaar dat de uitgangspunten van finale geschilbeslechting en effectieve rechtsbescherming dwingen tot een indringende(re) toetsing, ondanks het bestaan van beleids- of beoordelingsvrijheid.

4.4.3 Aard van het geschil

Voorts kan de aard van het geschil een rol spelen. Dat wil zeggen dat de toetsingsintensiteit mede bepaald wordt door het al dan niet aanwezig zijn van derdenbelangen. Klap wijst hierbij op het onderscheid tussen micro- en macrobestuurlijke geschillen.⁶¹ Microbestuurlijke geschillen zien dan op de situatie waarin geen derdenbelangen betrokken zijn, zoals in sociale zekerheidsgeschillen of bij bevoegdheden in het financiële bestuursrecht. Bij macrobestuurlijke geschillen gaat het om besluiten waarvan de belangen die erbij betrokken zijn en de gevolgen die eruit voortvloeien niet geheel te overzien zijn. Een terughoudende opstelling van de rechter ten aanzien van de belangenafweging door het bestuursorgaan is bij geschillen waarbij meerdere belangen spelen, die niet zijn te overzien en waarbij ook politieke

gevoeligheden spelen, eerder aangewezen dan bij microgeschillen. In het laatste geval is meer ruimte voor een indringende rechterlijke toetsing.⁶² Het al dan niet aanwezig zijn van derdenbelangen kan op deze manier ook fungeren als correctiemechanisme. Zo werd hiervoor duidelijk dat finale geschilbeslechting aanleiding kan zijn voor een indringendere toetsing. De eventuele aanwezigheid van belangen van derden zou zich daar echter weer tegen kunnen verzetten. Aan de andere kant wordt in de literatuur ter relativering opgemerkt dat belangen van derden in de praktijk nauwelijks aanleiding zijn om niet zelf in de zaak te voorzien.⁶³ Dat zou dan wellicht ook aan een indringende toetsing niet in de weg hoeven staan.

4.4.4 Feitelijke complexiteit en deskundigheid

De mate van deskundigheid of expertise die nodig is bij de feitenkwalificatie kan bepalend zijn voor de rechterlijke toetsingsintensiteit. De rechter mist doorgaans de benodigde deskundigheid, terwijl die wel bij het bestuursorgaan aanwezig is. Het argument van deskundigheid kan zelfs zover gaan dat de rechter de vaststelling van de feiten, anders dan gebruikelijk, terughoudend toetst. Zo toetst de bestuursrechter in asielzaken het oordeel van de IND over de geloofwaardigheid van niet met bewijs gestaafde verklaringen van een vreemdeling terughoudend. Anders dan de bestuursrechter, beschikt de IND namelijk over de expertise om in dit geval de geloofwaardigheid van het asielrelaas te beoordelen.⁶⁴

Bestuursorganen bedienen zich bij het nemen van besluiten dikwijls van deskundigenadviezen. Hirsch Ballin laat in zijn VAR-preadvies uit 2015 zien dat de rechter meestal, behoudens eenduidig tegenbewijs, uitgaat van de juistheid van het door het bestuursorgaan ingewonnen deskundigenadvies en zich aldus terughoudend opstelt. Volgens Hirsch Ballin ontstaat hierdoor een legitimiteitstekort.⁶⁵ Klaarblijkelijk in reactie hierop heeft de Raad van State het in zijn jaarverslagen van 2015 en 2016 nodig geacht te benadrukken dat de rechter ook steeds moet nagaan of het besluit van een deugdelijke motivering is voorzien, maar dat is, zoals gezegd, op zich niets nieuws onder de zon (zie hiervoor paragraaf 4.2).⁶⁶

59 J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000, p. 46-48, p. 53-54. Zie ook Klap 2014, p. 10-11.

60 R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 2*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 909 over wanneer de rechter zelf in de zaak kan voorzien.

61 Klap 1994, p. 259-260.

62 Zie ook Schlössels & Zijlstra 2017, nr. 310 over bevoegdheden in het financiële bestuursrecht.

63 J.E.M. Polak, 'Waar liggen de grenzen bij finale geschilbeslechting?', in: A.A.J. de Gier (red.), *Goed verdedigbaar. Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht* (Van Buuren-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2011, p. 121.

64 ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, AB 2016/195, m.nt. A.M. Reneman. Zie Geertsema 2018, p. 288-289.

65 Zie Hirsch Ballin 2015, p. 38-40.

66 Jaarverslag Raad van State 2015, p. 67; Jaarverslag Raad van State 2016, p. 60. Zie ook de interventie van Polak op de VAR-jaarvergadering 2015, opgenomen in *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Verslag van de algemene vergadering gehouden op 22 mei 2015* (VAR-reeks 155), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 26. Voor het asielrecht wordt de nadruk op de toetsing aan het motiveringsbeginsel daadwerkelijk als een intensivering van de rechterlijke toetsing gezien. De reden daarvoor is dat uit het beleid en de parlementaire geschiedenis bij art. 83a Vreemdelingenwet 2000 (nieuw) blijkt dat de motivering van het bestuur uitgebreider moet zijn dan onder het oude beleid. Dit versterkt uiteraard de rechterlijke toetsing aan het motiveringsbeginsel. ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, AB 2016/195, m.nt. A.M. Reneman, r.o. 8.3 en r.o. 9; Geertsema 2018, p. 289, p. 294-297.

Nu beschikt de bestuursrechter ook zelf over de mogelijkheid om deskundigenonderzoek te laten doen. Recente rechtspraak over de inzet van eigen (medisch) deskundigen door het bestuursorgaan dwingt er mogelijk zelfs toe dat de rechter vaker dan voorheen zelf een deskundige zal moeten benoemen.⁶⁷ Het is de vraag of de rechter op basis van zelf ingewonnen deskundigenadvies een minder terughoudend oordeel over de feitenkwalificatie kan geven. Ook hier kan onzes inziens relevant zijn of al dan geen derden-belanghebbenden bij het geschil zijn betrokken. Betoogd zou kunnen worden dat wanneer geen derden-belanghebbenden aanwezig zijn, de rechter eerder op basis van het deskundigenadvies een eigen oordeel kan vellen. Zijn echter wel belangen van derden betrokken, dan past dat minder goed en ligt het meer voor de hand dat de rechter volstaat met de toets of het deskundigenadvies de toets van zorgvuldigheid en motivering kan doorstaan.⁶⁸

5. Slot

De passages uit de jaarverslagen van de Raad van State over beslissingsruimte zetten aan tot denken over de te gebruiken terminologie en de rechterlijke toetsingsintensiteit. De Afdeling bestuursrechtspraak hanteert een nieuwe, van de traditionele dogmatiek afwijkende terminologie. Met de nieuwe termen die de Afdeling hanteert, wordt geen inhoudelijke wijziging beoogd. De nieuwe terminologie is vooralsnog niet overgenomen door de andere hoogste (bestuurs-)rechters. Het hanteren van verschillende termen door verschillende rechtscolleges kan gemakkelijk tot (spraak)verwarring leiden. Naar onze mening vraagt dit om afstemming tussen de verschillende rechtscolleges en een keuze voor eenduidige terminologie.

Tot een indringender toetsing leidt het hanteren van een vernieuwde terminologie op zichzelf niet. Wel is er een hernieuwde aandacht voor een toetsing aan het recht, meer in het bijzonder voor de toetsing aan de formele beginselen van behoorlijk bestuur; wat ertoe kan leiden dat er op intensieve(re) wijze wordt getoetst of een besluit zorgvuldig is voorbereid en deugdelijk is gemotiveerd.

De (dogmatische) indeling in de verschillende typen beslissingsruimte biedt houvast. Juist ook voor wat de rechterlijke toetsingsintensiteit betreft, die daar immers op aanhaakt. Maar de indeling biedt slechts een indicatie van wat de rechterlijke toetsingsintensiteit behelst. De rechter toetst in beginsel vol als het bestuursorgaan gebonden beoordelingsruimte heeft en toetst in beginsel terughoudend wanneer het bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid heeft. Onder omstandigheden kan dit echter bijgesteld worden, zo is in dit artikel duidelijk geworden. De kritiek dat deze toetsing op maat tot rechtsonzekerheid leidt, delen wij niet, mits in de uitspraak duidelijk wordt gemaakt hoe is getoetst en waarom. In deze bijdrage hebben wij een aan-

tal gezichtspunten verkend die behulpzaam kunnen zijn bij het nader bepalen van de rechterlijke toetsingsintensiteit en deze kunnen bijstellen (meer of juist minder terughoudend), te weten: de ingrijpendheid van het besluit (waaronder het in het geding zijn van fundamentele rechten), het uitgangspunt van definitieve geschilbeslechting, de aard van het geschil (meer in het bijzonder de aanwezigheid van derden-belanghebbenden) en de feitelijke complexiteit dan wel de mate van deskundigheid die vereist is om het besluit te kunnen nemen. Daarmee hopen wij een bijdrage te leveren aan de verdere ontwikkeling en verfijning van de rechterlijke toetsing. Wellicht dat onze verkenning ook inspiratie geeft voor nader wetenschappelijk onderzoek naar dit belangrijke onderwerp.

Voorts kan de bestaande evenredigheidstoetsing wat ons betreft worden verfijnd, door (expliciet) drie stappen te onderscheiden, te weten een toetsing aan geschiktheid, noodzakelijkheid en de evenredigheid in strikte zin. Daarvoor kan inspiratie worden geput uit het Unierecht. Het aantrekkelijke hiervan is dat het handvatten geeft voor de rechterlijke toetsing en een hulpmiddel kan vormen om de toetsing aan de bestuurlijke belangenafweging inzichtelijker en zorgvuldiger te motiveren.

Het is ons opgevallen dat de discussie in de literatuur zich voornamelijk toespitst op de ruimte die het bestuursorgaan heeft bij de bevoegdheidsuitoefening en de toetsingsintensiteit van de rechter. In dit artikel is ook uitdrukkelijk aandacht besteed aan een andere belangrijke speler, namelijk de wetgever. Deze speler is tot nog toe in de discussie enigszins buiten beeld gebleven. Ten onrechte; het is immers de wetgever die initieel invloed heeft op de rechterlijke toetsingsintensiteit doordat hij bij de toekenning van bestuursbevoegdheden aan het bestuursorgaan een bepaalde mate van beslissingsruimte geeft. Gebleken is dat de wetgever weinig houvast heeft aan de Aanwijzingen voor de regelgeving. Voor het eenduidig gebruiken van terminologie bij het toekennen van beslissingsruimte worden aan de wetgever geen normen gegeven. Het zou vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtseenheid goed zijn als daarvoor een voorziening wordt getroffen. Dat is uiteindelijk ook dienstbaar aan de toetsingsintensiteit van de bestuursrechter, die immers in beginsel wordt bepaald door de keuzes die de wetgever maakt bij het toekennen van beslissingsruimte aan het bestuursorgaan.

67 CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226; ABRvS 30 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1674. Zie ook EHRM 8 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD007721212, AB 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Korošec*).

68 Zo ook Klap 1994, p. 258-259.